POR BARTOLOME DAVILA RIOIA:

PORSI, Y COMO MARIDO Y CONIVNTA PERSONA DE DOÑA Ines de los Reyes su muger.

CON

Los bienes de Fernãdo Arias de Saauedra el Moço.

En el articulo con don Iuan y don Fernando de Saauedra el mas moço, sus hijos naturales, que pretenden ser.

Para que se declare no auer lugar lo pedido por los susodichos, y absuelua de su demanda, y pretension a Bartolome Dauila, y su muger.



PRESVPONESE en el hecho, q̃ Fernando Arias de Saauedra el viejo, por su testamento y codicilo, debaxo de cuya disposicion murio, hizo y ordenò las clausulas del tenor siguiente.

Claufula.

Otrofi, por quanto en el dicho mi teftamento yo dexè y nõbré por mis herederos a Fernando Arias de Saauedra, y a Gomez Fernandez de Saauedra, y a don Iuan de Saauedra, y a doña Ifabel de Saauedra, y doña Maria de Saauedra mis hijos, y de la dicha Luyfa de Berrio mi muger, igualmente tanto al vno como al otro, en cierta forma y manera contenida en la dicha claufula, que fu tenor dize en la forma y manera figuiente.

Y afsi cumplido y pagado efte mi teftamento, y mandas, y claufulas en el contenidas en todo lo fincable, y remaniente de todos mis bienes, afsi muebles, como rayzes, derechos y acciones, hago mis legitimos herederos a Fernãdo Arias de Saauedra, y a Gomez Hernandez de Saauedra, y a don Iuan de Saauedra, y doña Ifabel de Saauedra, y doña Maria de Saauedra mis hijos legitimos, y de la dicha Luyfa de Berrio mi muger, para que hereden todos los dichos mis bienes, como dicho tengo, tanto el vno como el otro. Y quiero y es mi volũtad y mando, que fi qualquiera de los dichos mis hijos falleciere fin auer hijos legitimos, o baftardos, heredẽ los dichos fus bienes del que afsi falleciere los otros fus hermanos que quedarẽ viuos: y afsi fuceſsiuamente hereden los vnos delos otros, fino tuuieren, como dicho tengo, hijos legitimos, ni baftardos. E fi todos los dichos mis hijos fallecieren fin tener hijos legitimos ni baftardos, quiero y es mi voluntad que hereden todos los dichos mis bienes nueftra Señora del Valle, y frayles y Conuento della, defta ciudad de Seuilla; con tal cargo y condicion, q̃ hagan dezir y cantar las nueue fieftas de nueftra Señora, que caen en cada vn año, que fon las figuientes; La Purificacion de la Candelaria, y la Encarnacion, y nueftra Señora de las Nieues, la affuncion, la Natiuidad, la Prefentacion, quando fue prefentado al Templo nueftro Señor Iefu Chrifto, la Concepcion, la Spectacion, nueftra Señora de la O, la Vifitacion quando vifitò nueftra Señora a fanta Yfabel en la montaña. Y quiero y es mi voluntad, que fi los dichos frayles, y Conuento no dixeren las dichas nueue fieftas, como dicho tengo,

go, y quedaren vn año por dezirse, si se probare y aueriguare, q̃ no se dixerō las dichas nueue fiestas de N.S. aqui declaradas por mi intencion y voluntad; por el mesmo caso ayan perdido todo lo que huuieren heredado de los dichos mis hijos, que ansi huuieren fallecido, y bueluan los bienes y herencia, que de mi y de los dichos mis hijos huuieren, y heredaren los dichos frayles, y bueluan los dichos bienes a los hijos y herederos de Diego Moran de la Cerda mi sobrino, hijo de Hernando Arias de Saauedra mi primo hermano ya difunto.

Segunda clausula.

Y Porque mi intencion y voluntad es, que con los dichos bienes ellos y cada vno dellos puedan casar honestamente, y mantenerse y alimentarse segun la calidad de sus personas y linage. Y por esso segun yo lo tengo pensado, que los dichos bienes razonablemente les pertenecen, para que honesta, y honradamente puedan casar, segun dicho es. E si por caso alguno de los dichos mis hijos, o hijas no mereciere, e deuiere auer para sus casamientos, o alimentos tanta cantidad como la parte de la herencia que les cupiere; en tal caso quiero, que aquello que pareciere demasiado lo ayan sus hijos, e hijas legitimos y naturales de qualquiera dellos, assi mismo para sus alimentos, y de sus decendientes. Y sino dexaren hijos y decendientes, que los otros sus hermanos lo ayan y hereden, segun dicho es, y los que son capaces sucedan en lugar de los que no lo fueren. Por manera, que estos bienes todos queden en mis descendientes, y de los dichos mis hijos, e hijas. Y declarando mas la dicha clausula, digo, que si alguno de mis hijos, o hijas falleciere sin dexar hijos y decendientes, o alguno de sus hermanos, o hermenas antes huuiere fallecido, dexando hijos, segun dicho es, los hijos de los difuntos entrē en lugar del padre por stirpe, y no por cabeça. Todo lo qual quiero q̃ valga por via de dote, y alimẽtos de los dichos mis hijos, por la mejor manera y forma que de derecho aya lugar, y en todo lo demas ratifico,

y aprueba el dicho mi testamento en todo y por todo, como en el se contiene. Y quiero que se guarde y cumpla en juyzio, y fuera del.

Item, se presupone en el hecho, que por deuda de Hernando Arias de Saauedra el moço, vno de los hijos y herederos de Hernando Arias de Saauedra el viejo, a pedimiento de los herederos de Pedro Charran su acreedor, se executò en el cortijo, que dizen de Vientos, y otros tributos, por el año passado de 617. y se remataron sin cargo ninguno en Baltasar de los Reyes, que los traspassó a Antonio Gutierrez Nauarrete primero marido q̃ fue de doña Ynes de los Reyes, y que los comprò durante el matrimonio con ella, y en la diuision y particion que se hizo por su fin y muerte, se le dieron y adjudicaron a doña Ines el cortijo, y parte de tributos, que oy possee, y lleuó el segundo matrimonio con Bartolome Dauila, y sobre que es este pleyto.

Lo tercero se presupone, que parece por un testimonio presentado en estos autos por la parte delos dichos don Iuan, y don Fernando de Saauedra hermanos, que don Iuan de Saauedra el viejo (vno de los hijos de Hernando Arias de Saauedra el viejo, contenido en las clausulas de arriba) enel testamento debaxo de cuya disposicion murio, dexò por su heredero vniuersal a don Iuan de Saauedra el moço su hijo natural, a cuyo testamento salieron y se opusieron doña Antonia, don Fernando el moço, y doña Iuana de Saauedra sus hermanos, y tambien hijos naturales del mesmo don Iuan de Saauedra el viejo, pretendiendo, que como a nietos de Fernãdo Arias de Saauedra el viejo, les pertenecia a todos quatro sus bienes por iguales particiones: y en este pleyto salieron sentencias de vista, y reuista desta Real Audiencia, en que declararon; *Que en quanto a los bienes que el dicho don Iuan de Saauedra el viejo auia heredado*

redado de Hernando Arias de Saauedra el viejo su padre se partiessen por iguales particiones entre todos quatro hijos y herederos del dicho don Iuan de Saauedra el viejo. Pero en quãto a los bienes adquiridos, y ganados por el mesmo don Iuan el viejo valiesse la institucion de heredero priuatiuamente hecha en el dicho don Iuan el moço su hijo.

Item, lo quarto, se presupone, que del mesmo testimonio assi mesmo consta, que auiendose fecho particion, y diuision en virtud destas sentencias de vista y reuista entre los dichos don Iuan el moço, dõ Fernando el mas moço, y doña Antonia, y doña Iuana hermanos (respeto de ser bienes que no recibian commoda diuision) fue pedido por parte delos tres vltimos, que se vendiessen en la persona que mas por ellos diesse. Y por autos de vista, y reuista se mandaron vender en publica almoneda, y del vltimo remate fueron rematados en don Miguel de la Vega, vezino de la villa de Carmona, en precio de quatro mil y seyscientos ducados: y auiendose depositado el precio, y mandado dar possession, en virtud del remate al comprador; salio Hernando Arias de Saauedra el moço, padre de los litigantes; y contradixo la dicha possession, diziendo, y pretendiendo; *Que el dicho cortijo, y demas bienes que se mandauan vender, eran hereditarios de Hernando Arias el viejo su padre, y como tales conforme a las clausulas de su testamento, sugetos a restiticion.* Y a esto se respondio, y contradixo por don Miguel de la Vega comprador. Y el pedimiento fecho por doña Maria de Saauedra hermana del dicho Fernando Arias de Saauedra el Moço, y por dõ Fernando Castellano hijo de doña Isabel de Saauedra hermana del dicho Hernando Arias de Saauedra el moço, era, *que se declarassen los dichos bienes por sugetos a restitucion, y fideicommisso entre los descendientes del dicho Hernando Arias el viejo, y por ningunas qualesquier ventas que dellos se huuiessen fecho: y declarando auer de suceder en los dichos bienes, a falta de hijos y descendientes del*

dicho don Iuan de Saauedra el viejo, por ser como era nieto del dicho Hernando Arias de Saauedra el viejo, fundador del dicho pretenso fideicommisso. Y a esto fue respondido por el dicho don Miguel de la Vega comprador, alegando de su justicia contra el testamento del dicho Hernando Arias de Saauedra, padre del dicho don Iuan de Saauedra el viejo, y abuelo del dicho don Iuan de Saauedra el moço; y del modo que se auia de entender el dicho testamento. Y concluso sobre este articulo y demanda por los señores Regente, y Oydores de la Real Audiencia, se proueyeron los autos de vista, y reuista, que estân a fojas 61. del dicho testimonio, y son del tenor siguiente.

Auto de vista.

DIxeron, que confirmauan y confirmaron la venta y remate mandada hazer por los dichos señores del dicho cortijo de mingalario, y demas bienes, y ponian y pusieron perpetuo silencio de la dicha jactancia al dicho don Fernando de Castellanos, y doña Maria de Saauedra. Y mandaron, que agora, ni en ningun tiempo no inquieten, ni perturben al dicho don Miguel de la Vega Barba en razon de la dicha jactancia: y assi lo proueyeron y mandaron.

Auto de reuista.

DIxeron, que confirmauan y confirmaron en grado de reuista lo mandado en este processo por los dichos señores, en que confirmaron la venta, y remate mandada hazer por los dichos señores del dicho cortijo de mingalario, y demas bienes. Y ponian y pusieron perpetuo silencio de la dicha jactãcia al dicho don Fernando de Castellanos, doña Maria de Saauedra, y Fernando Arias de Saauedra, y les mandaron, que agora, ni en ningun tiempo no inquieten, ni perturben al dicho don Miguel de la Vega Barba, en razon de la dicha jactancia

tancia de que por parte del dicho don Fernando Castellanos fue suplicado. Y assi lo proueyeron y mandaron.

Lo quarto y vltimo se presupone, que agora han salido los dichos don Iuan, y don Fernando de Saauedra, y puesto la mesma demanda a Bartolome Dauilla y su muger, pretendiendo, que el cortijo de Vientos que posseen, y ciertos tributos, fueron de Hernando Arias el viejo su abuelo, y como tales sujetos a fideicommisso en su fauor, y que no se pudieron vender, ni enagenar por deudas de Hernando Arias el moço su padre.

His in facto promissis, en el derecho, para fundamento del de Bartolome Dauila, y su muger se fundarân tres puntos, el primero, que don Iuan, y don Fernando litigantes, no estân en tiempo, ni le puedé pedir cosa alguna. El segundo, que aunque lo estuuieran, y en las clausulas del testamento, y codicilo de Hernando Arias el viejo huuiera auido fideicommisso perpetuo en fauor de los descendientes, no fue valido, ex defectu potestatis. El tercero, q̃ quando sin perjuyzio de la verdad pudiera auer sido valido, ex capite potestatis: no lo fue ex defectu voluntatis: ni las palabras de la clausula tal cosa cõtienen.

Primero punto.

ES constante en el hecho, que al tiempo, y quando los herederos de Pedro Charran acreedor de Hernando Arias el moço, trataron de vender, y rematar los bienes de que se trata, por su credito, lo salieron a contradezir los mesmos don Iuan, y don Fernando litigantes deste pleyto, y alli se mandô, q̃ sin embargo de su contradicion, se vendiessen y rematassen, como se vendieron y remataron en los authores y causadores de Bartolome Dauilla y su

muger

muger, con que los dichos herederos diessen fiança destar a derecho, y pagar lo juzgado y sentenciado en razon desta pretension a los dichos don Iuan, y don Fernando; y esta fiança les fue dada. De que resulta, que a los dichos herederos, y su fiador deuen pedir y conuenir; Porque aquella fiança, y la obligacion della, mediante la authoridad judicial, es lo q̃ sucedio en la obligacion y derecho de la dicha pretension: Porque aliter no huuiera quien comprara estos bienes, y para facilitarlo asi los acreedores herederos del dicho Pedro Charran (a cuya instancia se vendian) como la mesma authoridad judicial, para que surtiesse efecto la execucion de la cosa juzgada, o instrumento guarentigio, pusieron en lugar dello, y destos bienes la dicha fiança; idque generale est in fideiussoribus datis authoritate iudiciali; prout in simili, quando se manda pagar a algun acreedor, dando fianças, *de restituendo anteriori*, aunque reciba y gaste el dinero, dicitur censura iuris extare pecunia, & conueniuntur, tam creditor, quam fideiussor, ac si non esset facta solutio, vt post Castrensem, resoluit Stracca in tractatu de decoctoribus vltima part. num. 34. & sequenti, & post Salicetum, Barbosa in l. 1. ff. soluto matrimonio, 6. part. nume. 23. ibi; *Et idem erit si præstet cautionem*. Vincencentius de Frã chis decisi. 75. num. 9. Aloysius de Leon in l. pecunia, C. de priuilegio fisci, num. 2. & 3. Iosephus Ludouicus decisione Perusina 45. num. 20. & his, & alijs relatis Dominus Ioannes del Castillo lib. 4. cap. 61. num. 74. ac subinde cum non deceat eum qui in publica sublactatione authoritate iudiciali emit, en virtud de seguridad de la dicha fiança ser perturbado, ni molestado en lo que asi comprò; pues la fiança que se mandò dar sucedio en lugar del derecho, que los dichos don Iuan, y don Fernando pretendiã a los herederos y a su fiador han de recurrir, y seguir aquel juyzio començado, que lo quedô por la fian-

ça

ça,no solo de estar a derecho,y pagar juzgado y sentenciado,sino depositaria, que qualquiera dellas supone el juyzio alli començado, argum. text.in l.32. tit.2.part 3.colum.4.in principio,ibi;*Ca,aquel a quien la demandaren, alli deue responder do fuere fallado con la cosa, maguer el sea de otra tierra:pero si este a quien quieren fazer tal demanda fuere ome sin sospecha, si quisiere dar fiadores de estar a derecho sobre aquella cosa que le demandan, e que le faran parecer a los plazos que pusieren, deuenle dexar yr con ella, e si tal recaudo como este non pudiere dar, deue ser puesta la cosa en mano de fiel*: iuncta celebri doctrina Bartuli in l.si conuenerit,ff,de iurisdictione omnium iudicum,& in l.vir bonus,ff.de rem ratam haberi,qui docet per satisdationem,de iudicio sisti datam á reo iurisdictionem iudicis in competentis non propagari,quem sequitur Parlador.in sexquicenturia, differentia 60.num.vltimo. per argumentum ab speciali,siue à contrario sensu,quia si iudex aliàs competens esset iudicium ceptum absque vlla prorrogationis necessitate remaneret. Et hæc de primo puncto.

Segundo punto.

ES conclusion cierta de derecho, que todas las vezes que al hijo se le pone grauamen de restitucion,o condicion en la legitima, licet simpliciter accipiat,neque grauamini expresse contradicat,potest postea contradicere, neque censetur grauamini consentiri. Y la razon desta conclusion es;nam cum grauamen in legitima ipso iure deducatur,& repelatur,ex celebri decisione,tex.in l.quoniam,C.de inofficioso testamẽto, cum filius ipso iure intentionem suam fundatam habet ad hoc vt repellatur non oportet ipsum expresim grauamen contradicere, quinimo libera manet legitima, & talis ad hæredes

transmittitur, docet Alexander consi.150. nume.6. lib.2. Suarez in dicta l. quoniam, ampliatione 10. num.48.col.5.Castrensis in l.si ita legatum,§. quod á legatario, ad finem, ff.de legatis 2. & in terminis bonorum vinculator tradit Antonius Gomecius, 1. tom.variar.cap.11. num.25. & facit quia per simplicem acceptionem nunquam videtur filius consentire grauamini, si ibi in legitima posito, vt deduci videtur ex text.in l.si quando,§. & generaliter.C.de inofficioso testamento, vsque adeo, vt quamuis pater in testamento prohibeat: *filium plus patere*; Nihilominus tamen adhuc filius non videatur grauamini consentire, quamuis relictum simpliciter accipiat, iuxta text.in autentico vt cum de appellatione cognoscitur, §. cæterum singularis, secundum Suarez in dicta l. quoniam, ampliatione 9. tradit Palacius in Rubrica de donationibus inter virum, §.16. ad finem, late Maranta disputatione 10. nume.19. Dominus Præses in cap.quamuis pactum,3.parte.§. tertio,num. 2.cum sequentibus.

Y esto es en tanto caso verdad, que aunque por lo menos parecia, que si el padre pusiesse este grauamen, o vinculo en sus bienes, se huuiesse de dessechar y repeler en lo que fuesse legitima, y en que no se pudo poner; todauia obseruar y guardar en el excesso de la legitima; iuxta text.in l.scimus,§.cum autem, C.de in officioso testamento, todauia lo contrario se dispone in dicta l.11.tit.4.part.6.ibi; *Bien puede el padre poner aquella condicion que es en poder del fijo de la cumplir, mas ninguna de las otras condiciones, assi como las que acaecieron por auentura, o las que son mescladas non las puede poner, e si las pone non empecen al fijo heredero, maguer non se cumplan*: vbi bene aduertit Gregorius verbo, no empecen, quod hodie ex dicta l. partitæ, pater non potest filium instituere sub conditione casuali, vel mixta, etiamsi illi tertium, & quintum relin-

quatur

quatur. Enlo qual parece y se tiene por terrible la decision de aquella ley, y derechamente contraria a la del derecho comun, in dicta l. scimus, §. cum autem C. de inofficioso testamento, y assi Rodrigo Suarez in dicta l. quoniam, ampliatione 2. hortatur; *Quod semper circa prædictam legem partitæ cogitemus, cum ex ea videatur prohiberi pater ponere conditionem quam velet, in eo quod relinquit vltra legitimam*: & ideo de illius legis intellectu late agit Dominus Ludouicus de Molina lib. 2. cap. 1. á num. 29. & Burgos de Paz, Iunior, quæstione 1. num. 9. qui intelligunt dictam legem partitæ ita quod grauamen reijciatur de legitima, & remaneat in alijs bonis vltra legitimam, prout erat de iure communi, in dicto §. cum autem, vt ita cum illo lex partitæ conueniat, sed pace tantorum virorum dictum sit repugnat expresse verbis dictæ legis partitæ, ibi; *Pero si el padre quisiere establecer al hijo por heredero en mas de su parte legitima*, iuncto ibi, *nō empece al hijo heredero, maguer non se cumplan*: & ita certum est quod neque in excessu vltra legitimam substinebitur conditio casualis, vel mixta: y assi esta ley de partida se entiende y concuerda facilmente con el §. cum autem, videlicet, que proceda quando el grauamen, o condicion apponitur in legitima juntamēte dexandole algo mas de la legitima; como fue en el caso presente. Y el §. cum autem, quando el grauamen fue puesto solamente en el excesso dela legitima; cū re vera in hoc posteriori casu filius habeat legitimam sine grauamine, quod maximê hodie procedit ex l. 27. Tauri seruando ordinem ipsius, vt tenet Quesada diuersarum quæstionum, cap. 6. nu. 17. in fine Dominus Præses Couarrubias in cap. Raynaldus, §. 2. num. 4. de testamentis, quem intellectū tradit Peralta in l. 1. num. 12. ff. de legatis 2. Alphonsus de Azeuedo in l. 11. tit. 6. lib. 5. recop. nume. 17. & his citatis post Gutierrez, sequitur Zauallos practicarum

carum quæstionum, tom. 2. quæstione 711. â num. 7. cum sequentibus, qui omnes sic intelligunt dictam legem Tauri, vt videlicet procedat quando grauamen simpliciter, & de per se apponitur à patre in tertio, vel quinto bonorum, secus autem si filius melioretur, & tam in tertio, & quinto, quam etiam in sua legitima apponatur grauamen, vel conditio casualis, aut mixta; tunc enim in nihilo substinebitur grauamen, vel conditio, sed omnia bona libera remanebunt apud filium grauamine, vel cõditione habitis pro non appositis, vt in d. l. partitæ expresse disponitur, quã sic etiã intelligit Angulo de meliorationibus, l. 11. gloss. 1. n. 7. ac subinde como en el caso presente, y clausula propuesta se halle, q̃ Hernãdo Arias el viejo instituyó a sus hijos, q̃ llama legitimos y auidos de Luysa de Verrio su muger en su haziẽdá por iguales partes, aponiendole a todos vna condicion casual, como es la de, *si sine liberis decesserit*: y no conste, ni parezca, que Hernando Arias de Saauedra el moço su hijo expressamente consintiesse en este grauamen: antes por el contrario, que se hizo particion, y se le entregaron por bienes libres, y el como tales los gastò, y consumio, y obligò a sus deudas, como fue la porque se executò en estos bienes, y se remataron, y otras muchas, y siendo como es lo mesmo contradezir y reuocar expressamente, que contrayendo deudas en fauor de acreedores, prout in terminis indiuidualibus, de mejoras, vinculos, o mayorazgos notatur per Regnicolas, in l. 17. & in l. 44. Tauri, proculdubio no tienen fundamento de derecho, ni accion los dichos don Iuan, y don Fernando sus hijos, en quanto pretenden, que Hernando Arias el moço su padre no pudo disponer vendiendo, enagenando, ò contrayendo deudas los bienes que heredò Hernando Arias el viejo su padre, y abuelo, respectiue, en virtud del grauamen, y

obli

obligacion de fideicomiſſo, que pretenden que le puſo, cum videlicet, el tal grauamen no fue valido ipſo iure, ſino habito pro non appoſito, tanto en la legitima, quanto en alguna mejora, ſi fue contenida en la dicha inſtitucion de Hernando Arias el viejo fecha a Hernando Arias el moço ſu hijo, iuxta caſum expreſſum in dicta l. partitæ. Et hæc de ſecũdo puncto.

Tertio, & vltimo puncto.

Y Para mayor diſtincion del, dezimos, que, o la pretenſion de don Fernando, y don Iuan ſe quiere fundar en la clauſula del teſtamento de Hernando Arias de Saauedra el moço ſu abuelo paterno, o en la clauſula del codicilo del meſmo, en que inſerta el teſtamento : & de ſingulis ſigillatim videndum eſt.

De priori clauſula §. primus.

En eſta clauſula no tienen llamamiento los nietos de Hernando Arias el viejo, ſi bien es verdad, q̃ ſus hijos y hermanos entre ſi tienen ſubſtitucion, y fideicommiſſo, debaxo de la condicion, *ſi ſine liberis*, vt patet ibi: *Mando, que ſi qualquiera de los dichos mis hijos falleciere ſin auer hijos legitimos, o baſtardos, hereden los dichos mis bienes los otros ſus hermanos que aſsi quedaren viuos.* De ſuerte, que aqui los llamados y ſubſtituidos ſon los hermanos a ſus hermanos, pero no los hijos a ſus padres, los quales aunque eſtàn pueſtos en condicion, no aſsi en la diſpoſicion, & perconſequens, ſolo vienen a tener el derecho de ſuceder ab inteſtato a ſus padres, ex celebratiſsima gloſſæ doctrina, in l. lucius, ff. de hæredibus inſtituendis ; & regula quæ

docet,quod posita in conditione non censentur posita in dispositione, l.si quis sub cōditione, ff.si quis omissa causa testamenti, cum vulgatis, quæ sententia, & doctrina glossæ magis communiter recipitur vt testatur,& latê prosequitur locupletissimus testis dominus Præses Couarrubias in cap.Rainutius,§.3. ex num.2. Padilla in l.cum acutissimi, nume.46.C. de fideicommissis,Costa in cap.si pater,1.par. verb. si absque liberi,num.54. & semper Rotam eandem fuisse amplectam,testatur ipsa per Farinac.in nouissimis,1.tom.decisione 133.num.1. & contrariam nō solum non probabilem,imo irridendam,conuincit Antonius Faber de erroribus pragmaticorum, deca de 26.fere per totam,& antea fecerat lib.17.coniec tur.cap.18. & sequentibus, vbi omnibus iuris locis, qq.contrariæ partis assertores mouentur plene satis facit,idem amplectitur in diffinitione 1. C.de fideicommissis.

Y assi a lo que mas se animan los que reconocen esta verdad,es a dezir,que por lo menos concurriēdo conjeturas(y que no baste vna)liberos in conditione positos,censeri in dispositione vocatos;vt Faber aduertit dicta definitione 1.ibi; *Crebrior tamen,vt & verior nostrorum sontentia est, nec per fideicommissum quidem vocatos intelligi;tametsi sit ex descendētibus,adeoq; licet testator, aut ad plures substitutionum gradus digressus sit;aut masculos solos in conditione posuerit;aut bonorum suorum alienationem expresse prohibuerit, sed si omnes eæ circunstantiæ;aut ex omnibus plures in eadem facti specie concurrant,magis communiter probatum est(inuita iurisprudentia)vt fideicommissum liberis descendentium in conditione positis,ex tacita testatoris voluntate relictum videatur.*

Sed sic est, que aqui no ay, ni concurren conjeturas que induzgan tal fideicommisso,ni llamamiento,o disposicion de aquellos que son puestos en cōdicion, ergo bene consequitur, que no tienen fideicom-

commisso, ni llamamiento, porque ni tienen las cõ jecturas, de quibus latissimè Menochius lib. 4. præsumptione 76. (qui omnium latissimè rem pertrectauit) y alegô a la vista el Abogado de don Fernando, y don Iuan, ni menos las que remissiuè propuso el señor don Iuan del Castillo, lib. 2. cotidianarum, cap. 12. ni las que despues in casu occurrenti, en esta Real Audiencia se ponderaron, vt per eundem, lib. 4. cap. 9. num. 30. Porque ni aqui se hizo mayorazgo, ni vinculo, ni se pusieron en condicion solamẽte los hijos de legitimo matrimonio, antes por el contrario los illegitimos y bastardos, ni menos se trató de conseruacion de agnacion, ni perpetuidad de familia, ni se pusieron en condicion solamente los varones, ni prohibio la enagenacion, que son las que consideró esta Real Audiencia en aquel caso, para inducir vocacion de los puestos en condicion: ac subinde bene consequitur, que no estamos en caso adonde se pueda, ni deua induzir, ni presumir llamamientos de los hijos puestos tan solamente en condicion, y no en disposicion.

De posteriori clausula §. secũdus.

En las palabras desta clausula parece, que pudieran fundar don Fernando y don Iuan con algun color su pretension, ibi; *Por manera que estos bienes todos queden en mis descendientes, y de los dichos mis hijos, e hijas:* En las quales parece, que no por via de condicion, sino de vocacion, y llamamiento expresso estàn llamados todos los descendientes de Hernando Arias el viejo.

Pero sin embargo desta oposicion, no tienen fundamento; porque la verdadera inteligencia desta clausula consiste en que, fortasis (como lo dá a entẽder

der) dudaua el teſtador de la legitima de ſus hijos, y que por eſta, o alguna otra cauſa no tenia libre facultad de dexarles, ni inſtituyrlos enlas yguales porciones hereditarias, en que los dexaua inſtituydos; ni mas de aquello que tuuieſſen neceſsidad para alimentos, o dotaciones; y porque lo que excedieſſe non auferetur ab aliquo; fiſco ſcilicet, vel conſanguineis, diſponen (y agora ſe entienden bien las palabras de la clauſula) ibi; *Y porque mi intencion y voluntad es, que con los dichos bienes ellos, y cada vno dellos puedan caſar honeſtamente, y mantenerſe y alimentarſe ſegun la calidad de ſus perſonas y linage: y por eſſo ſegun yo lo tengo penſado, que los dichos bienes razonablemente les pertenecen, para que honeſta y honradamente puedan caſar, ſegun dicho es. E ſi por caſo alguno de los dichos mis hijos, o hijas no mereciere y deuiere auer para ſu caſamiento, o alimentos tanta cãtidad como la parte de la herencia que les cupiere: en tal caſo quiero, que aquello que paceciere demaſiado, lo ayan ſus hijos e hijas legitimos, y naturales de qualquiera dellos, anſi miſmo para ſus alimentos, y de ſus deſcendientes; y ſino dexaren hijos y deſcendientes, que los otros ſus hermanos lo ayan y hereden, ſegun dicho es, y los que ſon capazes ſucedan en lugar de los que no lo fueren.*

Deſuerte, que en eſta clauſula ay dos coſas que aduertir a la precedente; la primera, que el llamamiento de los nietos en eſtos bienes no es general, ni abſoluto, ſino ſubſidiario y condicional, conuiene a ſaber: *Sino le cupiere tanto para ſu caſamiento, o alimentos, y no lo pudiere auer, como fuere la parte de la herencia*, quod patet ex duplicatis verbis ipſius clauſulæ, ibi; *E ſi por caſo alguno de los dichos mis hijos, o hijas no mereciere*, Et iterum, ibi: *en tal caſo quiero*, quæ verba nullus ſanæ mentis ignorat inducere conditionem, y q̃ quien pretendiere por ellas ha de entrar probando la condicion, & aliter nequaquam poteſt obtinere ex vulgatiſsima doctrina Angeli, in l. ſeruum communem

munem, §. Titius, ff. de vulgari, Iasson per text. ibi in l. in illa stipulatione, num. 6. ff. de verborum obligationibus, Suarex in l. post rem, limitatione 5. dominus Præses Couarrubias lib. 2. variar. cap. 11. Gomecius in l. 64. Tauri nu. 7. Y mientras esto no se muestra, y la condicion cumplida parece se tiene, y por derecho presume defecta, y assi vienen a ser y estar de la mesma manera que si no tuuieran llamamiento, ni el testador huuiera hecho mencion dellos, regula enim est iuris certissima: *Quod defecta conditione dispositio conditionalis habetur pro non facta*; que es lo mesmo que vulgarmente se suele dezir: *Conditionalis nihil ponet in esse*, l. pecuniam, ff. si cert. petatur, vbi notant Socinus, & Decius, late Zanchus in repetitione legis, heredes mei, §. cum ita, 1. part. num. 15. ff. ad Trebellianum, Surdus decisione 210. nume. 7. Peregrinus de fideicommiss. art. 43. num. 16. & probat textus elegans in l. 3. post medium, ff. de bonis libertorum, ibi: *Aut enim impleta est conditio, & purè institutus est, aut non est, & nec hæres institutus est.*

La segunda cosa que ay que aduertir en esta segũda clausula, es, que aun parece que por ella (como vino a ser declaratoria de la primera) la substitució de los hermanos que en la primera estaua solamente puesta en vna condicion: *Si sine liberis frater decedat*, parece que agora añade otra, videlicet: *Si no fuere capaz, y en aquello que solamente nó lo fuere, sucedan sus hijos, y si no fuere capaz, ni tuuiere hijos, sucedan ses hermanos.*

Y no parezca que aquellas palabras de la clausula, ibi: *Por manera que estos bienes todos queden en mis descendientes, y de los dichos mis hijos, e hijas*, induzen perpetuo llamamiento, porque no es mas de la causal, y razon que el testador tuuo; y para ocurrir al inconueniente que de la incapacidad se le representaua. Y assi solamente se ha de referir respectiuamente a lo inmediato, que precede continuatiue, en fuerça

de aquella diccion: *Por manera,* Latinè itaque, quæ dictio ex sui natura, & proprietate restringitur ad limites, & cancellos præcedentis, & immediatæ dispositionis: y como resumen y declaracion della, & per modum declarationis, vel causæ, quæ declarat dispositum, nec de nouo disponit, authentico de testibus, §. quoniam sumus, collatione 7. l. lutius, §. quæ habebat, ff. ad Trebellianum, optimè Decius consi. 60. num. 63. & consi. 84. num. 6. in fine, Ruinus consi. 18. num. 11. volume. 2. eleganter Afflictis decis. 284. num. 10. vbi bene fundat quod dictio, *itaq;*, Hispanè *por manera*, infert constitutionem, idem tradit Boerius decisi. 146. num. 4. ibi: *Ideo habet vim solius continuationis ad proximas personas, ad quas congruè cadit,* & est optima decisio Gammæ 153. tradit Menochius cōs. 326. num. 38. & 75. & iterum cons. 328. nume. 3. volu. 4. Surdus consi. 325. nume. 28. & sequenti, volum. 3. adonde refiere, que esta diccion siempre se reduze a solamente lo antecedente, idem etiam docuit Baldus consi. 294. volume. 5. de suerte que aqui esto no se puso por disposicion, sino continuatiuè, para mejor explicacion de lo precedente: para lo qual nec videtur superfluum si bis idem repetatur, vt in l. 1. §. sed sciendum, ff. de ædilitio edicto, l. qui mutuam, ff. mandati, tradit Craueta consi. 739. num. 17. volum. 4. Riminaldus consi. 652. ex num. 2. vsque ad num. 6 volum. 6.

Quod etiam ex sequentibus comprobatur, ibi: *Y declarando mas la dicha clausula,* ergo apertè probat, q̄ tambien lo precedente era declaratorio: pues esto es mas declaratorio, & magis, vel maius est dictio comparatiua, quæ necessario supponit minus, y esta vltima declaracion tambien fue sumamente necessaria, porque fue induzir representacion en fideicōmisso, que alias no tiene lugar, vt pulchre docuit Faber definitione 24. C. de fideicom. ibi: *Qui plures libe-*

ros

ros habebat, eos omnes ex æquis partibus instituerat, & inuicem substituerat si sine liberis morerentur (que es nuestro caso a la letra) *præmortuis quibusdam, relicta prole, postea defuncto vno sine liberis placuit ad fideicommissum, admitti solum fratrem, qui eo tempore superesset, præmortuorum verò liberos penitus excludi, qui tamen haud dubié admittendi essent, si testator non tantuúm superstites, sed etiam superstitit quoq; liberos substituisset; tunc enim præmortuorũ quoq; liberi ex fideicommisso in vulgarem casum admitterentur; & hoc est quod dici solet, ius repræsentationis, quod locum habet si de patrui intestatui hæreditate inter fratres, fratrumq; filios contendatur, in causa fideicommissi locum non habere.*

Y asi lo que el testador en este caso hizo no, fue mas de poner en Romance lo que en esta decision se halla en Latin, desde aquellas palabras, ibi: *Y sino dexaren hijos y descendientes, que los otros sus hermanos lo ayã y hereden, segun dicho es, y los que son capaces sucedan en lugar de los que no lo fuerẽ. Por manera que estos bienes todos queden en mis descendientes, y de los dichos mis hijos, e hijas. Y declarando mas la dicha clausula digo, que si alguno de mis hijos, o hijas falleciere sin dexar hijos, o descendientes, o alguno de sus hermanos, o hermanas antes ouiere fallecido, dexando hijos, segun dicho es, los hijos de los difuntos entren en lugar del padre por estirpe, y no por cabeça. Todo lo qual quiero que valga por via de dote, y alimentos de los dichos mis hijos, por la mejor forma y manera que de derecho aya lugar.*

Ex quibus omnibus parece fundada la justicia de Bartolome Dauila, y doña Ines de los Reyes su muger, para que se aya de determinar en su fauor, y denegar a don Iuan; y don Fernando lo que piden. Salua, &c.

Lic. Aseuedo
De Fonseca